Sygn. akt: KIO 601/11

WYROK

z dnia 29 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący : Agnieszka Trojanowska

Protokolant : Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania z **22 marca 2011 r.** wniesionego przez wykonawcę **Modern Construction Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Promienista 78** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Chorzów – Prezydenta Miasta Chorzów, Urząd Miasta Chorzów, Wydział Inwestycji Komunalnych i Remontów w Chorzowie, Rynek 1**

orzeka:

1) uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
2) Kosztami postępowania obciąża **Miasto Chorzów – Prezydenta Miasta Chorzów, Urząd Miasta Chorzów, Wydział Inwestycji Komunalnych i Remontów w Chorzowie, Rynek 1** i nakazuje:
   1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Modern Construction Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Promienista 78** tytułem wpisu od odwołania
   2) dokonać wpłaty kwoty **18 444 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Miasto Chorzów – Prezydenta Miasta Chorzów, Urząd Miasta Chorzów, Wydział Inwestycji Komunalnych i Remontów w Chorzowie, Rynek 1** na rzecz **Modern Construction Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Promienista 78** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

Przewodniczący

……

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie koncepcji przebudowy stadionu piłkarskiego przy ul. Cichej 6 w Chorzowie oraz projekt etapu I i III zostało wszczęte przez zamawiającego Miasto Chorzów – Prezydenta Miasta Chorzów, Urząd Miasta Chorzów, Wydział Inwestycji Komunalnych i Remontów w Chorzowie, Rynek 1 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 29 września 2010r. za numerem 2010/S 189-289115.
W dniu 14 marca 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. t.j. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) z uwagi na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, ze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. W uzasadnieniu swojej

decyzji zamawiający podał, że w trakcie postępowania nastąpiło nieprzewidziane i niezależne od zamawiającego uszczuplenie środków finansowych w planie Budżetu Miasta na rok 2011, które spowodowało przesunięcie środków pierwotnie przeznaczonych na realizację zamówienia. Wskazano, że środki przesunięto na dotację w wysokości 700 000zł. dla Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Zespołu Szpitali Miejskich w Chorzowie podległemu zamawiającemu na kontynuowanie budowy cztero-salowego bloku operacyjnego. Kontynuacja tego zadania jest konieczna dla realizacji kontraktów z NFZ w 2011 r. i uniknięcia kar umownych oraz zaspokojenia podstawowych potrzeb społeczności lokalnej. Ponadto środki przeznaczono także na usunięcie zapadliska na terenie miejskiego parkingu przy Chorzowskim Centrum Kultury oraz na zwiększone wydatki związane z oświetleniem ulic, placów i dróg. Powołano się na zmiany ustawy o finansach publicznych, które powodują konieczność ograniczenia środków na nowe inwestycje sportowe, aby interes publiczny w postaci przedsięwzięć służących ogółowi związanych z ochroną zdrowia, bezpieczeństwa i porządku publicznego nie został zagrożony.
W dniu 21 marca 2011r. przesyłką kurierską wykonawca Modern Construction Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Promienista 78 – dalej odwołujący, wniosło odwołanie na czynność unieważnienia postępowania. Odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 22 marca 2011r. Odwołujący zarzucił zamawiającemu zarzucam rażące naruszenie art. 93 ust. 1 pkt. 6 ustawy poprzez jego błędne zastosowanie, a polegające na unieważnieniu na podstawie tego przepisu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy nie wystąpiła żadna istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, a które Zamawiający wymienił w

---

uzasadnieniu do zawiadomienia z dnia 14.03.2011 r. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynność unieważnienia postępowania. W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że ma interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż przy prawidłowym i zgodnym z ustawą postępowaniu zamawiającego, nie powinno nastąpić unieważnienie postępowania, a oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza i jedyna spełniająca wymogi postępowania i SIWZ, a umowa powinna zostać podpisana. Wskazane naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, mogą spowodować u odwołującego poniesienie znacznej szkody poprzez nie dokonanie wyboru jego oferty i nie podpisanie z nim umowy. Podał, że pierwotnie zamawiający odrzucił ofertę odwołującego i wybrał - stosując jako kryterium wyboru ofert cenę - wykonawcę Annę Kasprzyk. W związku z takim rozstrzygnięciem postępowania odwołujący wniósł odwołanie. Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11.01.2011 r. odwołanie zostało uwzględnione w całości (sygn. akt KIO/2800/10). Zamawiający od powyższego orzeczenia nie wniósł skargi do Sądu Okręgowego w Katowicach. Zamawiający zawezwał odwołującego do powtórnego wniesienia wadium w wysokości 40.000 zł, a także zwrócił się o przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni, tj. do dnia 28.03.2011 r. Odwołujący zadośćuczynił powyższym warunkom i oczekiwał na ostateczny wybór jego oferty i podpisanie umowy.
W dniu 14.03.2011 r. zamawiający niespodziewanie drogą faksową zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Z dokumentacji postępowania wynikało, iż w dniu 28.01.2011 r. została sporządzona notatka z posiedzenia Komisji Przetargowej wnioskującej o zwiększenie kwoty w Budżecie Miasta na sfinansowanie zadania. Następnie dokonano wyboru oferty: wykluczenia wykonawcy SPAK Studio Projektowe Anny Kasprzyk i wyboru najkorzystniejszej oferty odwołującego, o czym odwołujący nie został powiadomiony. Ponadto z dokumentacji przetargowej wynika, że zamawiający zwrócił się do Biura Prawnego przy Urzędzie Miasta Chorzów o opinię prawną o możliwe warianty prawne dotyczące wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11.01.2011 r. Opinia, datowana na 31.01.2011 r., zaleca bądź zwiększenie środków w budżecie o kwotę 666.000 zł i zawarcie umowy z wybranym wykonawcą, bądź unieważnienie postępowania na podst. art. 93 ust. 1 pkt 4 lub na podst. art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy.
Zwrócił uwagę, że w piśmie zamawiającego z dnia 31.01.2011 r. zawarta jest informacja, że aktualna kwota przeznaczona na finansowanie zadania wynosi 1.000.000 zł., pomimo że ogłaszając przetarg zamawiający przewidział na usługi projektowania architektonicznego kwotę 1.953.000 zł brutto. Na powyższym piśmie adnotację zawarł Skarbnik Miasta i Prezydent Miasta, którzy nie zaakceptowali realizacji zadania wyłącznie ze względów finansowych. Prezydent Miasta nakazał zastosować wariant 2 pkt 2 opinii prawnej, tj.

unieważnić postępowanie przetargowe na podst. art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy. W piśmie z dnia 04.02.2011 r. Naczelnik Wydziału Inwestycji Komunalnych i Remontów przedstawił Prezydentowi Miasta propozycje unieważnienia postępowania przetargowego i jako

uzasadnienie podał wynik wyborów samorządowych. Z kolei w piśmie z dnia 09.02.2011 r. Naczelnik Wydziału Inwestycji Komunalnych i Remontów przedstawił, aż dwie propozycje unieważnienia postępowania przetargowego: na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 albo przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy wskazując ponownie na wynik wyborów samorządowych. Odwołujący wskazał także na treść opinii prawnej radcy prawnego Łukasza K z dnia 02.03.2011 r., działającego na zlecenie Zamawiającego, z której tekstu wynika, że: nie może stanowić przesłanki unieważnienia postępowania fakt dokonania przesunięcia w planach finansowych zamawiającego części środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia po dokonaniu wyboru oferty Pani Anny Kasprzyk. Zamawiający bowiem powinien mieć świadomość, iż jego decyzja o wyborze oferty najkorzystniejszej nie ma charakteru ostatecznego i może być wzruszona w postępowaniu odwoławczym. W opinii tej autor wskazał, że przebudowa stadionu miejskiego w Chorzowie leży w interesie publicznym, tj. w interesie społeczności lokalnej, a nawet w interesie całego społeczeństwa.
W piśmie z dnia 03.03.2011 r. Naczelnik Wydziału Inwestycji Komunalnych i Remontów przedstawił Prezydentowi Miasta 04.03.2011 r. uwzględniając niektóre zalecenia opinii prawnej - kolejną, już trzecia propozycje unieważnienia postępowania przetargowego wskazując na konieczność dotacji na rzecz Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich, na piśmie tym znalazł się odręczny dopisek „dziura na parkingu". W kolejnym dniu, 04.03.2011 r. Naczelnik Wydziału Inwestycji Komunalnych i Remontów przedstawił czwartą propozycję unieważnienia przetargu, zmodyfikował argumenty podając, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, bowiem wystąpiło nieprzewidziane i niezależne od Zamawiającego uszczuplenie środków finansowych w Planie Budżetu Miasta na rok 2011 wymieniając potrzeby związane z: Samodzielnym Publicznym Zakładem Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich, zapadliskiem na parkingu miejskim, ze wzrostem zużycia energii elektrycznej (kolejny nowy argument). Pismo takiej treści zostało zatwierdzone przez Prezydenta Miasta w dniu 09.03.2011. Takie same podstawy unieważnienia postępowania przetargowego zostały wymienione w zawiadomieniu zamawiającego z dnia 14.03.2011 r. o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Zamawiający, według odwołującego, rażąco naruszył art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, gdyż żadna z okoliczności wskazanych w uzasadnieniu zawiadomienia o unieważnieniu postępowania nie jest okolicznością, której nie dało się przewidzieć wcześniej, a interes publiczny w realizacji przedmiotowego zamówienia oczywiście nadal istnieje. Podał, że w jego ocenie przyczyny unieważnienia zostały prawdopodobnie wymienione wyłącznie w celu znalezienia jakiejkolwiek podstawy do unieważnienia postępowania przetargowego, a nawet gdby uznać je za rzeczywiste, to zamawiający musiał mieć już wcześniej świadomość wydatków związanych z inwestycją dotyczącą Zespołu Szpitali Miejskich. Natomiast odnośnie zapadliska parkingu miejskiego, to finansowanie usunięcia skutków tego typu zdarzeń

powinno być realizowane z zapasowych środków Budżetu Miasta. Zupełnie niezrozumiały jest punkt dotyczący wzrostu zużycia energii elektrycznej jako przesłanki do decyzji o unieważnieniu postępowania przetargowego. Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z całej dokumentacji postępowania, a w szczególności z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11.01.2011 r. (sygn. akt KIO/2800/10), pisma zamawiającego z dnia 21.01.2011 r., zawiadomienia zamawiającego z dnia 14.03.2011 r., notatka z posiedzenia Komisji Przetargowej zamawiającego z dnia 28.01.2011 r., opinii prawnej Biura Prawnego przy Urzędzie Miasta Chorzów z dnia 31.01.2011 r., pisma zamawiającego z dnia 31.01.2011 r., pisma zamawiającego z dnia 03.03.2011 r., pisma zamawiającego z dnia 04.02.2011 r., pisma zamawiającego z dnia 09.02.2011 r., opinii prawnej radcy prawnego Łukasza K z dnia 02.03.2011 r., pisma zamawiającego z dnia 04.03.2011 r. Odwołanie zostało podpisane przez prokurenta samodzielnego, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana faksem i listem poleconym w dniu 21 marca 2011r.

W dniu 28 marca 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.
Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.
Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :
Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania wraz z załącznikami, pisma zamawiającego z dnia 21.01.2011 r., zawiadomienia zamawiającego z dnia 14.03.2011 r., notatka z posiedzenia Komisji Przetargowej zamawiającego z dnia 28.01.2011 r., opinii prawnej Biura Prawnego przy Urzędzie Miasta Chorzów z dnia 31.01.2011 r., pisma zamawiającego z dnia 31.01.2011 r., pisma zamawiającego z dnia 03.03.2011 r., pisma zamawiającego z dnia 04.02.2011 r., pisma zamawiającego z dnia 09.02.2011 r., opinii prawnej radcy prawnego Łukasza Kajda z dnia 02.03.2011 r., pisma zamawiającego z dnia 04.03.2011 r. Izba dopuściła także dowody przedłożone przez zamawiającego na rozprawie tj. aneks z dnia 10 lutego 2011r. do umowy nr IK/10/025/1, zestawienie wykonania budżetu plan roku 2010 po zmianach i plan roku 2011 po zmianach, pisma Wydziału Inwestycji Komunalnych i Remontów do zamawiającego z dnia 29 września 2010r. o potrzebie zabezpieczenia środków w związku ze wzrostem zużycia energii elektrycznej, pisma Skarbnika Miasta z dnia 14 października 2010r., Pisma Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów z dnia 18 października 2010r.

Na podstawie powyższych dowodów, ustalono co następuje :
W dniu 11 stycznia 2011r. Izba wydała wyrok w sprawie sygn. akt KIO 2800/10, w którym nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz

---

powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenie Anny Kasprzyk prowadzącej działalność pod firmą Studio Projektowe Anna Kasprzyk oraz nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
W dniu 21 stycznia 2011r. zamawiający wezwał odwołującego do ponownego wniesienia wadium i wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 28 marca 2011r.
W dniu 28 stycznia 2011r. podczas posiedzenia komisji przetargowej zamawiającego członkowie przedstawili swoje stanowiska, co do dalszego postępowania, w tym wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego oraz komisja jednogłośnie zawnioskowała o zwiększenie kwoty w Budżecie Miasta na sfinansowanie zamówienia.
W dniu 31 stycznia 2011r. Biuro Prawne zamawiającego wydało opinię, w której określiło dwa warianty postępowania w związku z wyrokiem Izby z dnia 11 stycznia 2011r. sygn. akt KIO 2800/10. Pierwszy wariant obejmował wybór oferty odwołującego, zwiększenie w budżecie kwoty o co najmniej 666 tysięcy złotych i zawarcie umowy z odwołującym. Wariant drugi unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 lub 6 ustawy. W dalszej analizie Biuro stwierdziło, że nie ma podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, gdyż zamawiający zmniejszył kwotę wynikającą z art. 83 ust. 6 ustawy, mimo, ze był nią związany, a jedyną podstawą zmniejszenia była cena oferty najkorzystniejszej. Opiniujący wskazał, że w przypadku podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania na tej podstawie może zostać wniesione odwołanie, a zamawiający w celu uniknięcia dalszych kosztów postępowania ma prawo uwzględnić zarzuty przedstawione w odwołaniu. Natomiast opiniujący uznał, że możliwe jest zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pod warunkiem powołania się na istotną zmianę okoliczności tj. faktyczne zmniejszenie środków na realizację przedmiotowego zamówienia, nieprzewidziane okoliczności tj. wybór nowego Prezydenta Miasta i inną szerszą koncepcję nowego Prezydenta w oparciu o konsultacje społeczne.
W dniu 31 stycznia 2011r. komisja przetargowa wystąpiła do zamawiającego informując o wyborze oferty najkorzystniejszej z wnioskiem o zwiększenie środków w budżecie o kwotę co najmniej 610 tysięcy złotych. Na piśmie opinię swoją wyrazili Skarbnik nie akceptujący wniosku i Prezydent Miasta nie zatwierdzając oraz prosząc o przygotowanie wniosku zgodnie z opinią prawną wariant 2 pkt 2.
W dniu 1 lutego 2011r. na druku ZP-23 odnotowano powtórzenie czynności w tym wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie wyroku Izby z dnia 11 stycznia 2011r.
W dniu 4 lutego 2011r. Wydział Inwestycji Komunalnych i Remontów przedstawił Prezydentowi Miasta propozycję unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt

6 ustawy ze wskazaniem za wynik wyborów samorządowych oraz pojawienie się nowej szerszej koncepcji przebudowy stadionu.
W dniu 9 lutego 2011r. Wydział Inwestycji Komunalnych i Remontów przedstawił Prezydentowi Miasta propozycję unieważnienia postępowania w dwóch wariantach na

---

podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy. W piśmie tym wskazano, że wszczynają postępowanie oszacowano zamówienie na kwotę 1 600 820zł. netto czyli 1 953 tysiące brutto i taką kwotę zaplanowano we wstępnym projekcie planu finansowo-rzeczowego. W dniu otwarcia ofert tę kwotę podano wykonawcom jako wartość, którą zamawiajacy zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zadania. W dniu 13 grudnia 2010r. przekazano projekt budżetu, gzie na sfinansowanie zadania przewidziano 1 000 000zł., gdyż na taką kwotę opiewała najniższa z ofert (bez nadzoru autorskiego). Odwołanie wpłynęło 28 grudnia 2010r., Izba wydała wyrok w dniu 11 stycznia 2011r., a budżet w tej niższej kwocie uchwalono w dniu 13 stycznia 2011r. Wskazano także na analogiczne podstawy faktyczne unieważnienia postępowania jak w piśmie z 4 lutego 2011r. oraz wskazano, że w razie odwołania wydział będzie chciał korzystać z pomocy eksperta, a zarówno dokonanie wydatku w przekroczeniem zakresu upoważnienia jak i unieważnienie postępowania z naruszeniem przepisów ustawy stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych.
W dniu 2 marca 2011r. zamawiający zasięgnął opinii prawnej radcy prawnego Łukasza K, który w oparciu o orzecznictwo i doktrynę wskazał, ze jedyną możliwą przesłanką unieważnienia jest art. 93 ust. 1pkt 6 ustawy i wskazał na okoliczności w jakich takie unieważnienie może być uznane za uzasadnione.
W dniu 3 marca 2011r. komisja przetargowa przygotowała kolejną propozycję unieważnienia postępowania podając jako uzasadnienie konieczność sfinansowania kontynuacji budowy bloku operacyjnego.
W dniu 4 marca 2011r. komisja przetargowa opracowała kolejną propozycję unieważnienia postępowania podając, jako przyczyny okoliczności podane w piśmie z 14 marca 2011r., na którą to czynność odwołanie wniósł odwołujący.
Z aneksu nr IK/10/025/1 do umowy wynika, że w dniu 10 lutego 2011r. zamawiający ostanowił zwiększyć kwotę dotacji dla Zespołu Szpitali Miejskich z kwoty 2, 5 mln zł. na 3,2 mln. zł.
Z zestawienia wydatków wynika, że po zmianach w każdym z lat zwiększono kwoty wydatków planu na usunięcie zapadliska na parkingu CHCK.
Z korespondencji pomiędzy Wydziałem Inwestycji Komunalnych i Remontów, Skarbnikiem Miasta i Miejskim Zarządem Ulic i Mostów wynika, że nastąpił wzrost wydatków na energię elektryczną związany głównie z wzrostem cen energii, rosnących kosztów handlowych i dystrybucyjnych – 21, 65% i wzrostem jej zużycia o maksymalnie 2, 38% oraz konieczność właściwego planowania wydatków roku 2011, gdyż niedoszacowanie na poziomie 16% (jak w przypadku wydatków na oświetlenie) może skutkować brakiem środków w budżecie roku przyszłego.

Izba zważyła, co następuje :
Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający do wniesienia odwołania, gdyż jego oferta jest jedyną ofertą ważną w postępowaniu i w przypadku uchylenia decyzji zamawiającego o unieważnieniu postępowania, zamawiający byłby zobowiązany do zawarcia z odwołującym umowy o zamówienie publiczne. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, należy uznać, że odwołujący może ponieść szkodę na skutek unieważnienia postępowania w postaci utraty zysku, jaki zakładał z przedmiotowej umowy.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez unieważnienie postępowania pomimo istnienia interesu publicznego w realizacji zamówienia.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający, aby w sposób prawidłowy zastosować art.

93 ust. 1 pkt 6 ustawy musi wykazać, że zaistniały następujące przesłanki :

1. wystąpiła istotna zmiana okoliczności – tu zamawiający wskazał, że zmiana okoliczności polega na potrzebie przesunięcia środków z uwagi na dotację dla Szpitala, usunięcie zapadliska i wzrost zużycia energii. Izba zauważa, że zamawiający nie wykazał, że nie wiedział ani nie planował budowy czterocalowego bloku operacyjnego w dacie 10 listopada 2010r. tj. w dacie, w której podał wykonawcom kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający nie wykazał, dlaczego w dniu 10 listopada 2010r. podał kwotę 1 953 000zł., jako kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, skoro twierdzi w piśmie z dnia 14 marca 2011r., że już we wrześniu z części tej kwoty sfinansował usunięcie zapadliska na poziomie 300 000zł. Zamawiający wreszcie nie wykazał w żaden sposób, że nie jest możliwe przeznaczenie środków na sfinansowanie dotacji dla Szpitala, usunięcia zapadliska i pokrycia wzrostu zużycia energii z innych źródeł niż z kwoty przeznaczonej na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby zmiana okoliczności podana przez zamawiającego nie jest wiarygodna. Z dowodów przedstawionych przez zamawiającego nie wynikają twierdzenia oświadczone na rozprawie. Jeśli chodzi o aneks nr IK/10/025/1, to z dokumentu tego nie wynikają okoliczności, które stały się podstawą zwiększenia dotacji. Zamawiający nie udowodnił twierdzenia o zaistnieniu robót dodatkowych w Szpitalu. Nie wykazał także, ze zaistnienie tych robót dodatkowych nie było możliwe w dacie wszczynania postępowania tj. w dniu 24 września 2010r., zwłaszcza w świetle faktu, że roboty

---

budowlane związane z budową bloku operacyjnego były prowadzone od lutego 2010r., ani, że przewidzenie tych robót nie było możliwe w dacie 10 listopada 2010r., kiedy to zamawiający podał wykonawcom kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku dowodu dotyczącego zapadliska na parkingu miejskim. Z zestawienia wykonania budżetu wynikają tylko przesunięcia środków budżetowych, ale nie wynikają okoliczności uzasadniające uznanie, że ujawnił się priorytetowy interes publiczny i to, że jego ujawnienie nie było możliwe do przewidzenia. Powołany zatem dowód nie służy wykazaniu okoliczności mających dla sprawy istotne znaczenie. Nadto sam zamawiający wskazał, że jest powszechnie wiadome, że zamawiający jest zlokalizowany w terenie intensywnych prac górniczych i że takie zapadliska na jego terenie występują, stąd w ocenie Izby powinien był uwzględnić okoliczność powstania potrzeby poszerzenia zakresu prac przy zapadlisku w chwili szacowania tego zamówienia. Wady opinii geodezyjnej nie mogą usprawiedliwiać przesunięcia środków z innego zamówienia publicznego. Co najwyżej w przypadku stwierdzenia takich wad zamawiający może na drodze cywilnoprawnej dochodzić swoich roszczeń od osób wydających opinię. Ponadto wiarygodność twierdzeń zamawiającego w tym zakresie podważają pisma samego zamawiającego, z których wynika, ze zapadlisko i jego zakres ujawniło się w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, a mimo to zamawiający w dniu 10 listopada 2010r. podał kwotę prawie 2 mln zł. jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Należy w tej sytuacji uznać, że zamawiający o okolicznościach uzasadniających przesunięcie środków wiedział, albo przynajmniej powinien był je dochowując należytej staranności przewidzieć. Co do dowodów dotyczących energii elektrycznej, to również i te dowody nie potwierdzają twierdzeń zamawiającego, a wręcz im przeczą. Z pisma Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów wynika bowiem niezbicie, że to nie wzrost zużycia energii był podstawą zwrotu wydatków na energię elektryczną, ale wzrost cen tej energii i wzrost kosztów przesyłu i opłat dystrybucyjnych. Podczas gdy na rozprawie oświadczono, że wzrost cen zamawiający był w stanie przewidzieć, ale nie był w stanie przewidzieć wzrostu zużycia. Z powołanego dowodu wynika, że wzrost zużycia względem roku 2009 to jedynie 2,38%. Izba oceniła, że rzeczywistą przyczyną zmiany wysokości finansowania było błędne przekonanie o prawidłowości pierwotnej decyzji o oferty zamawiającego wyborze najkorzystniejszej. Konsekwencją tego przekonania było, jak wynika z pisma Wydziału Inwestycji Komunalnych i Remontów z dnia 9 lutego 2011r.,

zaprojektowanie w planie finansowym wydziału finansowania inwestycji na poziomie cenowym oferty wybranej. Ta okoliczność legła u podstaw braku na

obecnym etapie wystarczających środków na sfinansowanie zamówienia.

2. Zmiana okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy powinna być istotna Zmiana okoliczności polegająca na zaprojektowaniu niższej kwoty w budżecie jest zmianą istotną.
3. Istotna zmiana okoliczności powinna powodować, że prowadzenie lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Na obecnym etapie postępowania na zamawiającym ciążył obowiązek wykazania, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Zamawiający tę przesłankę zrozumiał błędnie. W piśmie z dnia 14 marca 2011r. dążył do wykazania, że inne inwestycje bardziej leżą w interesie publicznym, interesie społeczności niż przedmiotowe zamówienie. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy nie stanowi jednak o tym, że inne zadania czy prowadzone zamówienia bardziej leżą w interesie publicznym niż unieważniane postępowanie, ale że właśnie to postępowanie nie leży już w interesie publicznym, czyli zamawiający powinien wykazać, że cel, jaki zamierzał osiągnąć prowadząc postępowanie, nie jest już celem zaspokajającym potrzeby społeczne. Aby wykazać taką przesłankę zamawiający musiałby wykazać, że interes społeczny odpadł np. poprzez wybudowanie innego stadionu piłkarskiego w niewielkiej odległości, odebranie Polsce organizacji Euro 2012, a w skutek tego istnienie wystarczającej infrastruktury zaspokajającej bieżące potrzeby w ramach inwestycji sportowych, wystąpiły stany klęski żywiołowej, stany nadzwyczajne, które powodują, że priorytet ratowania życia i zdrowia ludności lokalnej powoduje konieczność odstąpienia od realizacji innych interesów publicznych.

Zamawiający takich okoliczności nie wykazał, a Izba stwierdza, że budowa stadionu piłkarskiego leży w interesie publicznym z uwagi na potrzebę zapewnienia dodatkowej infrastruktury sportowej w związku z organizacją Euro 2012, nawet, jeśli stadion nie będzie stadionem do rozgrywek Euro, to może być wykorzystywany, jako obiekt treningowy, czy obiekt dla rozgrywek przeniesionych na czas Euro z innych stadionów. Jego powstanie leży w potrzebach społeczności lokalnej, z uwagi na powstanie miejsc pracy, rozwój turystyki związanej z rozgrywkami sportowymi, możliwość organizacji imprez kulturalnych i rozrywkowych w obiekcie, promocję miasta i regionu. Sam fakt przesunięcia środków budżetowych i zmiany koncepcji budowy stadionu piłkarskiego na skutek zmiany władz w wyniku wyborów samorządowych nie może być uznany za przesłanek uzasadniającą zaistnienie podstaw unieważnienia postępowania.

4. Ostatnią z przesłanek jest niemożliwość przewidzenia istotnej zmiany okoliczności. Niewątpliwie kontynuacja budowy sali operacyjnej, czy wzrost zużycia energii wobec stałej tendencji wzrostu cen energii były do przewidzenia w chwili ogłaszania przedmiotowego postępowania. Natomiast zapadlisko jest

okolicznością nieprzewidywalną, ale jak już wskazano, mimo jej zaistnienia we 2010r. nie to nieprzewidzianego wrześniu spowodowało zmniejszenia finansowania w dacie otwarcia ofert tj. w dniu 10 listopada 2010r. Powoduje to, że Izba oceniła tę przyczynę jako nierzeczywistą.

Mając powyższe na uwadze izba stwierdza, że podane przez zamawiającego zmiany okoliczności, albo były do przewidzenia, albo mimo ich niemożliwości przewidzenia nie były zmianami będącymi rzeczywistą przyczyną unieważnienia postępowania. Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, a odwołujący w dostateczny sposób uprawdopodobnił, że okoliczności podane przez zamawiającego w piśmie z dnia 14 marca 2011r. nie stanowią podstawy unieważnienia postępowania, a budowa stadionu piłkarskiego leży nadal w interesie publicznym.

Izba uznała, ze zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez błędne jego zastosowanie, a w konsekwencji unieważnił postępowanie bez podstawy prawnej.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 2 lit. a oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) oraz Izba uwzględniła koszty odwołującego z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego na podstawie przedłożonego rachunku (§ 5 ust. 2 pkt 1 cyt. Rozporządzenia).

Przewodniczący:

……